

## **EL ESTADO DE DERECHO COMO CATEGORÍA UNIVERSALIZABLE. ACUERDOS Y DESACUERDOS CON ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT**

(A propósito de Rule of Law o Estado de Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2003, 127 páginas).

**GUILLERMO ESCOBAR ROCA**

---

El Estado de Derecho es un tema prácticamente inédito en la Dogmática española (y nos atreveríamos a decir, también iberoamericana) del Derecho constitucional. Estamos, sin embargo, con total evidencia, al menos sobre el papel, ante de uno de los principios nucleares del ordenamiento y de la estructura de todos los Estados europeos y americanos, con la excepción de Cuba. Por otra parte, el uso del Estado de Derecho en el lenguaje político es permanente y crece la insatisfacción general por el incumplimiento de las consecuencias derivadas del principio; para el común de los ciudadanos persiste la sensación de inseguridad e impotencia ante leyes confusas e incumplidas, decisiones arbitrarias e imprevisibles o ante derechos que se garantizan en los textos pero no en la realidad. Existe entonces una laguna doctrinal importante y, por tanto, una imperiosa necesidad de abordar este tema con rigor. La tarea no es fácil, pues exige amplios conocimientos de Historia, Filosofía Política y, sobre todo, de Teoría constitucional extranjera, especialmente alemana y anglosajona. La exégesis de la legislación o de la jurisprudencia constitucional españolas no bastan para este empeño.

Antonio-Carlos Pereira, constitucionalista de la Universidad de Santiago, aborda este difícil tema reconociendo de entrada nuestra triste realidad: "En España se ha prestado poca atención al rule of law y no demasiada al Estado de Derecho en profundidad" (p. 26). Entre los autores anteriores a la Constitución de 1978, Pereira sólo hace breves referencias a las consideraciones históricas de GARCÍA PELAYO y conceptuales de SÁNCHEZ AGESTA (habría que añadir, en justicia, las aportaciones de LEGAZ LACAMBRA y LUCAS VERDÚ) y, entre los constitucionalistas posteriores a 1978, no incluye una sola cita relevante (tan sólo dos referencias de pasada a un historiador -CLAVERO- y a un administrativista -SANTAMARÍA PASTOR-).

Dada la brevedad de esta monografía, el lector imaginará fácilmente que no va a encontrar en ella el estudio definitivo sobre el tema. Es un primer paso, arriesgado de por sí dado el panorama, y esto ya le da un mérito intrínseco. El tono empleado es también muy de agradecer: ensayístico (lo que no merma, en modo alguno, su carácter científico), en un estilo ameno y accesible, muy anglosajón, que incluso se permite incluir anécdotas y conversaciones personales del autor con sus colegas: según Pereira mismo confiesa, "este librito es, de principio a fin, una conversación", destinada, sobre todo, a abrir interrogantes (p. 115). Resultan muy saludables este tipo de aproximaciones, pues arrojan más luz sobre determinados temas que los academicistas estudios habituales.

Así planteado el (relativamente) modesto propósito del libro, en él encontraremos, sobre todo, un panorama del tema, antes una visión personal del autor que una descripción concienzuda del Estado de Derecho, a lo que se añaden una serie de interrogantes, valoraciones y vaticinios de futuro. Todo a nivel teórico o general, sin apenas descender a problemas concretos (sólo una leve mención a los retrasos judiciales y a la inexecución de las sentencias, pp. 90-91) y sin entrar en detalles de Derecho constitucional español (apenas una mención en las pp. 105-107). Lo que late detrás del libro es, sin duda, la crisis del Estado de Derecho o la necesidad de su afianzamiento y desarrollo en España, aunque este propósito no llegue a hacerse explícito; curiosamente, se habla en el libro de crisis del Estado (pp. 80-81) y de crisis de la Constitución (pp. 98-99), pero no de crisis del Estado de Derecho como tal, al menos de forma expresa.

El tema del libro no es, en todo caso, un tratamiento, aun personal y ensayístico, de toda la temática del Estado de Derecho, sino más bien de la contraposición entre las versiones inglesa (*rule of law*) y alemana (*Rechtsstaat*) del mismo. Pese a su mayor debilidad teórica y "técnico-jurídica" (pp. 49 y 112), el autor no oculta sus preferencias por el primero, muestra de la debilidad que profesa por el sistema británico (vid., anteriormente, su interesante monografía *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense, Madrid, 1992), algo realmente inhabitual en nuestra doctrina.

El autor no llega a presentar una descripción, siquiera breve, de los dos modelos (ya realizada, por cierto, en un estimable manual del mismo autor: *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3ª ed. española, Colex, 1997), sino más bien un esbozo de los mismos en la doctrina (capítulos II y III). La síntesis no era fácil (dada la gran cantidad de autores y tendencias, aun dentro de cada modelo), pero creemos que podía y debía haberse intentado una mayor concreción, pues ello habría aportado claridad a la comparación y resultados posteriores. Por ejemplo, una vía, apenas apuntada por el autor (pp. 22-23), bien podría haberse seguido: la búsqueda de un concepto estricto o mínimo de Estado de Derecho, sin duda más útil que uno amplio, ambiguo y casi inabarcable.

Del *rule of law* Pereira nos recuerda que tiene precedentes en el siglo XVII, pero que nace, al menos con nombre propio, con DICEY (cuya teoría no llega a exponerse en el libro) y adquiere después distintos significados, enumerados por HARDEN y LEWIS (p. 30). Del *Rechtsstaat* se nos dice, con BÖCKENFÖRDE, que comenzó como Estado racional y que después se dividió en dos tendencias, la liberal de MOHL y la mecánico e institucional de STAHL, que fue la predominante, concluyendo el autor con la caracterización que de ella hizo el francés FROMONT (p. 34), y con unas anotaciones sobre la influencia del *Staatsrecht* en un sector de la doctrina española. Después, en el capítulo V, el autor examina la evolución de ambos modelos, pero esta vez no tanto ya desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista de la práctica del Derecho. Aunque se hacen en este capítulo diversas consideraciones de interés, creemos que con ellas se rompe un poco el hilo de la exposición, pues más bien se hace referencia a la evolución (y confluencia) de los sistemas jurídicos en su conjunto, no tanto de sus respectivos modelos de Estado de Derecho (sólo una parte del sistema jurídico, como el autor reconoce, p. 23).

El capítulo central del libro es el IV, donde se sostiene la tesis central: frente a lo que argumentan diversos autores, como MacCORMICK o STITH (quien suscribe advierte que estas tesis son hoy seguramente dominantes en la doctrina europea), para Pereira existen diferencias importantes entre el *rule of law* y el *Rechtsstaat*, sobre todo las siguientes (reconstrucción de quien suscribe):

1. una mayor propensión del *rule of law* hacia el gobierno limitado, hacia la sociedad civil (p. 39), frente al estatismo propio del *Rechtsstaat* (p. 56).
2. un mayor pragmatismo del *rule of law*, que "busca obtener buenos resultados reales" (p. 42), al margen de la estricta observancia de las leyes y de la casi exclusiva confianza en el Derecho legislado, más propia del *Rechtsstaat* (p. 44).
3. en relación con lo anterior (y aquí está para Pereira y también para nosotros la diferencia fundamental, p. 113), el *rule of law* parte de una concepción del Derecho más plural y abierta, frente al monismo característico del *Rechtsstaat* y, en general, de todo el Derecho continental (pp. 44-48, con acertada cita de ZAGREBELSKY).

Otros rasgos diferenciadores apuntados por Pereira nos parecen menos importantes o poco diferenciadores en la realidad (p. ej., el mayor judicialismo inglés o el mayor poder del Parlamento), como el propio Pereira reconoce (respectivamente, pp. 113 y 55) o muy discutibles (la distinción entre lo formal y lo material que, a juicio del autor, sólo se da en el *Rechtsstaat*).

Examinemos más despacio el elemento clave, quizás el realmente diferenciador entre ambas tradiciones: la distinta concepción del Derecho y de los derechos. Desde luego, un mayor apego a la letra de la ley caracteriza al *Rechtsstaat*, frente a la más natural atención a los principios propia del *rule of law*. Pues bien, consideramos que esta diferencia, fruto de la Historia, es cada vez menos acusada, y en todo caso afecta a la comprensión del fenómeno jurídico en cada tradición pero apenas a la concepción del Estado de Derecho como principio. Si acaso, tendría alguna repercusión en la aplicación práctica de alguna de las consecuencias del principio, no sobre el principio en cuanto tal. Despojado el Estado de Derecho de su componente estrictamente material, apenas habría diferencias entre la enumeración de los elementos necesarios del principio (seguridad jurídica, publicidad e irretroactividad de las normas, igualdad en la

aplicación de la ley, control de la arbitrariedad y responsabilidad de los poderes públicos, sobre todo) en el *rule of law* y en el Rechtsstaat; compárense sino, respectivamente, las aportaciones de autores tan distintos como HAYEK, FULLER o RAZ, por un lado, y RADBRUCH, KUNIG o SOBOTA, por otro.

A la postre, entendemos nosotros, se comprueba que las diferencias entre los dos modelos no son tan acusadas y quizás todo sea una cuestión de matiz, acento o percepción subjetiva. Por nuestra parte, reconocemos que hay diferencias entre los dos modelos, esto es evidente, pero que, en lo sustancial, coinciden. A efectos de la (necesaria) construcción de un "Derecho constitucional común europeo" (HÄBERLE), quizás debieron acentuarse más los puntos comunes, que son muchos. Precisamente en esta dirección camina desde hace años el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (pronto Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la nueva denominación de la futura Constitución Europea), como han destacado autores como BUCHWALD, HOFMANN o FERNÁNDEZ ESTEBAN. También la concepción del Estado de Derecho del Tribunal Europeo de Derechos Humanos minimiza, especialmente desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial, las diferencias entre el Reino Unido y el continente.

Mención aparte debe hacerse a un problema cercano al que abordamos, la cuestión de la judicialización, que preocupa especialmente al autor, quien llega incluso a permitirse, como excepción, una propuesta explícita: "habría que corregir la excesiva judicialización" (p. 92). Pereira insiste en desmontar un lugar común, afirmando que el *rule of law* no es más judicialista que el Rechtsstaat. No seremos nosotros quienes le contradigamos en este punto. El autor observa un excesivo poder de los jueces en España (p. 86), Francia (p. 87), Unión Europea (pp. 87 y 105) e Inglaterra (p. 87), que valora negativamente, pero sin explicar con claridad el fundamento de esta valoración. El tema queda, en esta ocasión, demasiado abierto: ¿por qué se juzga de forma tan negativa este nuevo (y creciente, pues "lo peor aún está por venir", p. 109) poder de los jueces?; ¿puede realmente perfeccionarse el Estado de Derecho (objetivo que nadie creo pueda negar a estas alturas, y menos el autor) sin dicho poder?; en ese caso, ¿qué otras alternativas resultan posibles? Aquí está el *quid* de la cuestión, apuntado con el curioso ejemplo de los recursos ante la retirada de un vehículo por la grúa municipal ("trato personal, facilidades de todo tipo, *fairness*, juego limpio, claridad y rapidez", p. 103) pero apenas desarrollado en el libro. Estamos, sin duda, ante un tema eterno y, sin embargo, pendiente para la Dogmática constitucional del futuro.

El vaticinio final de la obra (no una propuesta expresa, insistimos) es una mayor presencia en toda Europa de elementos característicos del *rule of law*, y ello con dos argumentos principales: su mayor capacidad de adaptación y su más fácil integración en el Derecho internacional (pp. 63 y 104) y en el Derecho europeo (pp. 105-107), que es un Derecho con pluralidad de fuentes (AZPITARTE). Para ello el propio Common Law experimentará también cambios importantes (p. 108), y en la práctica las diferencias entre los dos modelos irán atenuándose. El autor no oculta su satisfacción por esta tendencia, satisfacción a la que nos sumamos.

En conclusión, el propósito del libro se ha cumplido plenamente: abrir nuevas perspectivas, inéditas en la doctrina española, plantear problemas e iniciar un debate (si es que esto resulta posible en la Dogmática constitucional española, tan poco dada al debate). A quien suscribe, al menos, este libro le incita a seguir trabajando sobre el tema. Sin duda, queda mucho camino por recorrer, a partir de ahora, sobre todo desde el punto de vista, no adoptado en el libro, del Derecho constitucional español. Las dificultades, desde luego, no serán pocas, pues costará integrar elementos del *rule of law* en el contenido de nuestro principio constitucional del Estado de Derecho (opción que Pereira no se plantea, por cierto, en ningún momento; en todo caso, parece no verla con buenos ojos, al advertir, con SCHMIDT-ASSMAN, de los peligros de una "nueva totalidad" constitucional, p. 79), dado su carácter esencialmente consuetudinario y no estrictamente jurídico (pp. 19, 42, 49 y 50): no todo es Derecho positivo, por suerte, y aquí también tenemos mucho que aprender los constitucionalistas españoles de nuestros colegas anglosajones.